



**HAL**  
open science

## Quand le Conseil d'Etat se méfie des parlementaires

Lucie Sponchiado

► **To cite this version:**

Lucie Sponchiado. Quand le Conseil d'Etat se méfie des parlementaires. Droit administratif, 2019, 1, pp.19-27. hal-03723009

**HAL Id: hal-03723009**

**<https://hal.u-pec.fr/hal-03723009>**

Submitted on 13 Jul 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Quand le Conseil d'État se méfie des parlementaires

### Interrogations à partir de l'arrêt *Président du Sénat* sur la procédure d'avis parlementaire de contrôle des nominations présidentielles

Par Lucie Sponchiado,  
Maître de conférences en Droit public,  
Université Paris Est-Créteil Val de Marne,  
Laboratoire Marchés, Institutions, Libertés

« Le tact dans l'audace, c'est de savoir jusqu'où on peut aller trop loin ».

J. Cocteau, *Le Coq et l'Arlequin*, Stock, 1918, rééd. 2009, p. 14.

« Can the president appoint principal executive officers without a Senate confirmation vote ? », tel est le titre d'un article paru en 2013 dans *The Yale Law Journal*<sup>1</sup>. Telle est aussi la question centrale à laquelle le Conseil d'État français fut confronté dans l'arrêt *Président du Sénat* rendu le 13 décembre 2017<sup>2</sup>, à l'occasion duquel il contribua à redessiner les contours et la portée de la procédure d'avis parlementaire préalable à une nomination présidentielle, établie à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Introduite par la loi constitutionnelle de *modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*<sup>3</sup>, cette mesure n'est pas celle qui retint le plus l'attention. Pourtant, elle suscitait un certain nombre d'interrogations qui ont trouvé des réponses aussi

---

<sup>1</sup> M. C. Stephenson, « Can the President Appoint Principal Executive Officers Without a Senate Confirmation Vote ? », *The Yale Law Journal*, vol. 122, n°4, 2013, p. 940-979.

<sup>2</sup> CE, 13 décembre 2017, n°411788, *AJDA*, 2017, p. 2493 ; *AJDA*, 2018, p. 496-497 ; concl. X. Domino, « Nomination par le Président de la République : les chambres ne peuvent pas jouer la montre au-delà du raisonnable », *AJDA*, 2018, p. 521.

<sup>3</sup> Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de *modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*.

inattendues que critiquables dans l'arrêt *Président du Sénat* ; premier arrêt dans lequel le Conseil d'État était saisi d'un conflit s'inscrivant dans ce cadre. Alors même que cet article impose de recueillir l'avis de la commission des lois de l'Assemblée nationale et de celle du Sénat pour pourvoir le poste de Président de la Commission du « redécoupage électoral », le Conseil d'État juge légal le décret de nomination édicté sans l'avis du Sénat ; refusant de livrer son avis dans un « délai raisonnable », le Sénat aurait, selon le juge administratif, rendu la « formalité impossible » à réaliser. Cette solution mérite réflexion et appelle l'expression d'un « point de vue opposé »<sup>4</sup>.

Issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 13 alinéa 5 de la Constitution énonce que : « Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa [du même article 13], pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés<sup>5</sup> ». La loi organique du 23 juillet 2010 dresse, dans un tableau, la liste des emplois ou fonctions concernés par cette procédure<sup>6</sup>. Il en va ainsi de postes aussi variés que la présidence-direction générale<sup>7</sup> d'Aéroports de Paris, la présidence du collège du Haut Conseil

---

<sup>4</sup> Rappelons les mots du professeur Plessix, en réaction aux conclusions dans lesquelles un rapporteur public (A. Bretonneau, concl. sur CE, 9 nov. 2015, *AGRIF*, *AJDA*, 2015, p. 2508), jugea inhabituellement excessive la chronique d'un professeur de Droit : « Mais il faut vraiment que nous ayons abdiqué depuis si longtemps notre fonction de poil à gratter, que nous ayons à ce point déshabitué le juge à des jugements sévèrement critiques, pour qu'un rapporteur public ait ressenti comme "inhabituellement excessive" une tribune doctrinale qui, sans aucun mot excessif, sans aucune phrase déplacée, sans aucune expression inconvenante, s'est bornée avec une ferme courtoisie à exprimer un point de vue opposé » (B. Plessix, « Inhabituellement excessive, la doctrine, pourquoi ne le serait-elle pas ? », *cette revue*, 2016, n°3, p. 1-2).

<sup>5</sup> Art. 13 al. 5 dans sa version résultant l'art. 4 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*.

<sup>6</sup> Loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*. La liste de postes annexée à cette loi est régulièrement modifiée ; elle vise cependant en moyenne une cinquantaine de postes.

<sup>7</sup> La loi organique n°2016-1086 du 8 août 2016 *relative à la nomination à la présidence du conseil d'administration de l'Agence française pour la biodiversité*, par son article 2, a modifié la dénomination des emplois ou fonctions visés par loi organique de 2010 afin de leur conférer un genre neutre. « Président-directeur général », « Président »,

de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, le gouvernorat de la Banque de France, la présidence du directoire de la Compagnie nationale du Rhône ou encore la présidence de la Commission de l'article 25 de la Constitution<sup>8</sup>. La loi ordinaire du 23 juillet 2010 fixe, en outre, la procédure à suivre pour pourvoir les postes concernés. Au moins huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été annoncé, l'impétrant se présente devant la commission permanente compétente de la première chambre pour y être auditionné<sup>9</sup> ; les commissaires votent et leurs bulletins sont placés sous scellé. La procédure se déroule ensuite, à l'identique, dans la seconde chambre. Au terme de ce processus, les votes sont dépouillés simultanément<sup>10</sup> et le décompte permet d'établir le sens de l'avis. Si la somme des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions, alors le Président de la République ne peut pas procéder à la nomination<sup>11</sup>.

Cette procédure constitutionnelle soulevait un certain nombre de questions qu'une étude des textes pouvait révéler. D'abord, il était permis de se demander si la participation des parlementaires au processus de nomination n'inclinerait pas le juge administratif à considérer que les actes adoptés suivant cette procédure seraient des actes de Gouvernement, qui échapperaient à son contrôle<sup>12</sup>. Ensuite, il était possible de prévoir que, en n'établissant aucun délai s'imposant aux commissions parlementaires pour se réunir, l'une des assemblées pouvait, sans vote, faire échec à une nomination présidentielle<sup>13</sup>. Le Conseil d'État s'est trouvé

---

« Directeur général », « Gouverneur », « Administrateur général » et « contrôleur » ont ainsi été remplacés par les termes « Présidence-direction générale », « Présidence », « Direction générale », « Gouvernorat », « Administration générale » et « Contrôle ».

<sup>8</sup> Six fonctions sont également soumises à la procédure d'avis parlementaire en vertu d'une disposition constitutionnelle : trois membres du Conseil constitutionnel (Const., art. 56, al. 1), deux personnalités qualifiées siégeant au Conseil supérieur de la magistrature (Const., art. 65, al. 2) et le Défenseur des droits (Const., art. 71-1, al. 4). Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République préconisait que le « Défenseur des droits fondamentaux » fût élu par l'Assemblée nationale (V. le rapport : *Une Ve République plus démocratique*, dit Rapport Balladur : Doc. fr., Fayard, 2007, p. 92-93).

<sup>9</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. Un tableau annexé à cette loi indique pour chaque emploi ou fonction la commission compétente dans chaque chambre.

<sup>10</sup> Art. 6 de la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 précitée.

<sup>11</sup> Art. 13 al. 5 de la Constitution.

<sup>12</sup> C'est une question que nous avons soulevée dans notre thèse de doctorat : L. Sponchiado, *La Compétence de nomination du Président de la Cinquième République*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Parlementaire et Constitutionnelle », 2017, p. 470 et s.

L'affaire Président du Sénat touchant très directement notre sujet de thèse, il y sera fait plusieurs fois référence. Que le lecteur n'y voie aucune immodestie ; ces renvois permettront seulement de faire l'économie de certains développements afin de ne pas inutilement alourdir le présent propos.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 452.

directement confronté à ces deux problèmes en décembre 2017 à l'occasion d'un recours introduit par le *Président du Sénat*.

L'affaire en cause concernait la nomination du Président de la Commission de l'article 25 de la Constitution, chargée de se prononcer « par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs<sup>14</sup> ». Cette nomination est soumise à la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution<sup>15</sup>. Ainsi, le 14 février 2017, le Premier ministre Cazeneuve adressa-t-il un courrier aux Présidents de chaque assemblée du Parlement pour leur demander de bien vouloir organiser l'audition de Christian Vigouroux, dont la nomination à la Présidence de la commission de l'article 25 était envisagée par le Président Hollande. Le mandat du précédent Président, Yves Guéna, avait pris fin presque deux ans plus tôt : le 20 avril 2015. La Commission des lois de l'Assemblée nationale auditionna l'impétrant lors de sa séance du 21 février 2017. Suivant la procédure légalement établie, les commissaires présents s'exprimèrent à bulletins secrets, tandis que le dépouillement de leurs votes fut ajourné dans l'attente du vote des membres de la commission des lois du Sénat. Cependant, ceux-ci n'examinèrent jamais la désignation<sup>16</sup> qui était soumise à leur évaluation.

En effet, le 21 février, le Président du Sénat, Gérard Larcher, fit « valoir au Premier ministre qu'aucun projet de texte ou proposition de loi susceptible d'être soumis à l'avis de la commission prévue par le dernier alinéa de l'article 25 de la Constitution n'ayant vocation à être élaboré au cours des prochains mois, aucune raison ne lui paraissait, comme au Président de la commission des lois du Sénat, devoir justifier la réunion de la commission pour procéder à l'audition avant la reprise des travaux du Parlement après les scrutins nationaux des mois d'avril, mai et juin 2017<sup>17</sup> ». Le 9 mars suivant, le Premier ministre persista et se fit plus menaçant, indiquant « qu'à l'expiration d'un délai de deux à trois semaines le Président de la République pourrait considérer que l'absence d'avis de la commission compétente du Sénat ne saurait faire obstacle à l'exercice de ses prérogatives constitutionnelles<sup>18</sup> ». Le 28 mars, le Président du Sénat confirma « le refus de la commission des lois de se réunir pour procéder à

---

<sup>14</sup> Art. 25 de la Constitution résultant de l'art. 10 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 précitée.

<sup>15</sup> Voir tableau annexé à la loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 précitée. Voir dans le même sens l'article LO 567-9 du code électoral.

<sup>16</sup> Strictement considéré, l'article 13 alinéa 5 organise en effet une procédure de contrôle des désignations et non des nominations. Il s'agit, pour les parlementaires, de donner leur avis sur un candidat proposé, préalablement à une nomination, laquelle n'intervient qu'à l'issue du processus de contrôle.

<sup>17</sup> Consid. 6 de l'arrêt.

<sup>18</sup> *Idem*.

l'audition de l'intéressé et émettre un avis sur sa nomination avant la reprise des travaux parlementaires en juin 2017 ». Le 25 avril, dans une ambiance plutôt houleuse<sup>19</sup>, la commission des lois de l'Assemblée nationale, à la demande du Premier ministre, procéda au dépouillement de ses votes. Avec dix-sept voix favorables, sur dix-neuf exprimées, la commission donna son aval à la candidature de Christian Vigouroux. Le lendemain, 26 avril 2017, parut le décret de nomination du nouveau Président de la Commission de l'article 25 et, le même jour, un communiqué de presse sur le site du Sénat dans lequel Philippe Bas, Président de la commission, dénonçait « une atteinte inédite aux droits du Parlement<sup>20</sup> ». L'affaire prit ensuite une dimension contentieuse. Le 23 juin 2017, le Président Larcher introduisit un recours pour excès de pouvoir par lequel il souhaitait obtenir du Conseil d'État l'annulation du décret du Président de la République du 26 avril 2017 portant nomination du Président de la Commission prévue au dernier alinéa de l'article 25 de la Constitution. Le Président du Sénat invoquait l'absence de consultation de la commission des lois du Sénat et le non-respect de l'exigence de dépouillement simultané des scrutins. En dépit de la véracité attestée – et non contestée – de ces vices, le Conseil d'État rejeta le pourvoi et refusa d'annuler le décret de nomination attaqué.

Rendu sur les conclusions de Xavier Domino, l'arrêt répond aux deux questions susmentionnées que soulevait la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Le Conseil d'État, suivant les conclusions du rapporteur, consent à examiner le pourvoi et rejette ce faisant la qualification d'acte de Gouvernement (I). Il s'oppose ensuite à l'interprétation défendue par le Président du Sénat en refusant de censurer le décret édicté par le Président de la République en dépit de l'absence d'avis de la commission des lois du Sénat (II). La réponse et/ou le raisonnement qui y conduit méritent la discussion et illustrent la contribution du Conseil d'État aux équilibres institutionnels de la Cinquième République<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Par la voix de Guy Geoffroy, le groupe Les Républicains fit savoir qu'il refuserait « de participer à ce qu'il considère comme un abus d'interprétation de la Constitution commis par le Gouvernement » (Ass. nat., commission des lois (C.R.), n°59, séance du 25 avril 2017, p. 2.)

<sup>20</sup> Communiqué de presse, paru sur le site du Sénat, qui fut relayé par certains journaux. Voir notamment *Le Monde* daté du 23 janvier 2018.

<sup>21</sup> Il s'agit d'une question classique, mais qui pourrait appeler des développements actualisés, ce dont témoigne assurément l'affaire *Président du Sénat*. À ce sujet, voir en particulier F. Batailler, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966 ; D. Loschak, *Le Rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1972 ; A. Mestre, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration. Études sur le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974 ; S. Leroyer, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2011 ou encore, pour un article dense et particulièrement éclairant à ce sujet N. Foulquier, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme. Question sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative », *Droits*, n°44, 2006, p. 161-180.

## I. Avis parlementaire sur les nominations présidentielles et acte de Gouvernement

L'analyse de la jurisprudence administrative autorise à présenter l'acte de Gouvernement comme celui qui « se rattache aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels<sup>22</sup> »<sup>23</sup>. Or, puisque le Conseil d'État accepta d'accueillir la requête du Président du Sénat dirigée contre la nomination de M. Vigouroux, il ressort de l'arrêt *Président du Sénat* que les actes adoptés en vertu de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution ne sont pas tous des actes de Gouvernement<sup>24</sup>. Cependant, le juge ne prit nullement soin de justifier cette première position par laquelle il admit la recevabilité du recours. Pour l'expliquer, il faut se reporter aux conclusions du rapporteur. En substance le raisonnement fut le suivant : d'une part, si la jurisprudence *Mme Ba* du 9 avril 1999<sup>25</sup> – dans laquelle le Conseil d'État s'était déclaré incompétent pour examiner la légalité de la décision par laquelle le Président de la République nomme un membre du Conseil constitutionnel – demeure valable, elle ne peut être transposée à la nomination en cause ; d'autre part, la circonstance que les parlementaires se prononcent sur la nomination est sans incidence sur l'identification d'un acte de Gouvernement. Or, non seulement, la procédure parlementaire de contrôle des nominations présidentielles pourrait faire échec à la jurisprudence

---

<sup>22</sup> L'expression est souvent employée par le Conseil d'État. Par exemple, voir CE, ord. réf., 23 févr. 2005, *René Georges X.*, req. n°277840, inédit ; CE, 12 févr. 2014, *M. A et autres*, req. n°373545, inédit ou encore CE, 20 janv. 2014, *Krikorian*, req. n°372883, inédit.

<sup>23</sup> Pour des efforts de systématisation doctrinale, voir P. Binczak, « Actes de Gouvernement », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2006, mis à jour en 2014, particulièrement §15 et s. (voir aussi la dense bibliographie proposée par l'auteur) ; J.-F. Lachaume, « Violation de la règle de droit », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2013, mis à jour en 2015, §40 et s. ; M. De Villiers et Th. de Berranger (dir.), *Droit public général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5<sup>e</sup> éd., 2011, p. 1340-1341 ; D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 4<sup>e</sup> éd., 2011, p. 119 ; J.-B. Auby et F. Melleray, « Contentieux administratif », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. n°1001, 2017 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat », t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2006, p. 950 et s. ; P. Duez, *Les Actes de Gouvernement*, Sirey, 1935, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, 215 p. ; P. Jan, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », *LPA*, 20 juillet 1999, n°143, p. 24 ; É. Carpentier, « L' "acte de Gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 661-677 et, du même auteur, « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels. Principaux apports d'une étude comparée », *RIDC*, n°4, 2007, p. 805-832 (Cet article constitue une synthèse de la thèse de doctorat de l'auteur : *La Résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, coll. « Thèses », 2006, 452 p.).

<sup>24</sup> Une autre question de recevabilité se posait en l'espèce qui portait sur l'intérêt à agir du Président du Sénat lequel invoquait sa qualité d'électeur et de parlementaire. Voir sur ce point les conclusions du rapporteur Domino (préc., p. 524). Pour un commentaire, à ce sujet, voir S. Roussel et C. Nicolas (chron.), « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491 et S. Hul, « Quand une formalité prévue par la Constitution s'avère "impossible" », *JCP A.*, n°12, 2018, p. 2093.

<sup>25</sup> CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec. p. 124 ; F. Salat-Baroux, « Persistance des actes de gouvernement (la désignation des membres du Conseil constitutionnel) » (concl. contraires), *RFDA*, 1999, p. 566 ; J.-P. Camby, *RDP*, 1999, p. 1573 ; F. Raynaud et P. Fombeur, (chron.), *AJDA*, 1999, p. 409 ; J. Robert (note), *CCC*, n°7, p. 109 ; P. Serrand, (note), *D.*, 2000, p. 335.

*Mme Ba* (A), mais elle aurait dû être considérée à sa juste mesure : derrière cette « procédure » se masque un enjeu de compétence dont le Conseil d'État n'a pas pris la mesure (B).

### **A. Interrogations sur la survivance de la jurisprudence Mme Ba**

Le rapporteur dans l'affaire *Président du Sénat* commence par se demander si la jurisprudence *Mme Ba* aurait vocation à être transposée à la nomination en cause. Pour répondre par la négative, il admet implicitement la survivance de cette jurisprudence. Cherchant à justifier la solution de 1999, le rapporteur invoque le fait que le Conseil constitutionnel occupe une place singulière dans les institutions de la V<sup>e</sup> République, qu'il est composé « exclusivement de personnes désignées par des responsables politiques » et qu'il s'agit d'une nomination dispensée de contreseing<sup>26</sup>. Non seulement ces arguments n'emportaient pas la conviction avant la révision du 23 juillet 2008, mais ils paraissent intenable après cette date<sup>27</sup>.

Quant aux compétences insignes du Conseil constitutionnel, comme l'écrivit le rapporteur Salat-Baroux concluant dans l'affaire *Mme Ba* et dont les conclusions ne furent pas suivies<sup>28</sup> : « les conditions de nomination dans une institution ne sont pas une composante indétachable du fonctionnement de celle-ci ». Ainsi le Conseil d'État accepte-t-il d'examiner les recours touchant aux nominations des magistrats dont les fonctions échappent pourtant à son contrôle<sup>29</sup>. S'agissant de la composition, pareillement, l'argument semble faible. Le Conseil d'État consent en effet à contrôler les nominations prononcées par le Président de la République dans des institutions composées de façon semblable au Conseil constitutionnel<sup>30</sup>. Enfin, l'absence de

---

<sup>26</sup> Voir en ce sens, concl. X. Domino, préc., p. 523.

<sup>27</sup> Pour une analyse de l'ambiguïté de l'arrêt sur cette question, V. A. Roblot-Troizier, *Chronique de jurisprudence -Droit administratif et droit constitutionnel* : RFDA 2018, p. 539 et s.

<sup>28</sup> Voir F. Salat-Baroux, « Persistance des actes de gouvernement (la désignation des membres du Conseil constitutionnel) » (concl. contraires), préc.

Voir aussi le témoignage que le Commissaire a bien voulu nous livrer à ce sujet, reproduit in L. Sponchiado, *La Compétence de nomination (...), op. cit.*, p. 531 : « [Je] pense que c'est une catégorie d'actes qui doit disparaître. Le juge, surtout le juge administratif qui a une bonne compréhension de l'administration, ne fera jamais n'importe quoi. Je pense qu'il vaut mieux tout contrôler, et contrôler intelligemment, que de laisser penser que, en réalité, il y a un arbitraire de l'État qui reste sans juge ».

<sup>29</sup> Les exemples pourraient être multipliés : CE, 12 déc. 2007, *Sire*, Rec. p. 471 et CE, 12 déc. 2007, *Vignard*, Rec. p. 197 ou encore CE Sect., 30 déc. 2010, *Robert*, Rec. p. 350.

<sup>30</sup> Ainsi, par exemple, quatre membres du CSM étaient-ils élus par leurs pairs en vertu de l'article 83 de la Constitution de 1946. Le Conseil d'État s'était néanmoins estimé compétent pour apprécier la légalité de leur élection (CE Ass., 17 avril 1953, *Falco et Vidailiac*, Rec. p. 175). Cette jurisprudence ne semble pas devoir être abandonnée sous la Cinquième République, alors que les « personnalités qualifiées » sont nommées sur le modèle de composition du Conseil constitutionnel (art. 65 de la Constitution). Cette jurisprudence est ainsi visée par le rapporteur Domino.

contreseing est une justification fragile<sup>31</sup>. Fragile, d'abord parce que tous les actes de Gouvernement ne sont pas des actes dispensés de contreseing<sup>32</sup> et que, réciproquement, tous les actes dispensés de contreseing ne sont pas des actes de Gouvernement<sup>33</sup>. Fragile ensuite parce que précisément l'absence de contreseing pourrait justifier un contrôle juridictionnel, là où le contrôle politique fait défaut, le Président de la République n'étant pas responsable politiquement et le Gouvernement n'assumant pas la responsabilité qui lui incombe lorsqu'il contresigne<sup>34</sup>.

Selon le rapporteur Domino, la jurisprudence *Mme Ba* n'a pas vocation à être transposée à la nomination critiquée, mais n'a pas non plus vocation à être remise en cause. Si les arguments au soutien de la décision *Ba* étaient peu convaincants avant 2008, l'existence d'une procédure exigeante pour pourvoir les postes concernés par le cinquième alinéa de l'article 13 invite à abandonner la thèse de l'acte de Gouvernement, même pour les nominations des membres du Conseil constitutionnel. S'il répugne à examiner la légalité interne de cet acte de nomination qu'il estime si singulier, le Conseil d'État pourrait à tout le moins opérer un contrôle de la légalité externe de l'acte et vérifier que les règles de compétence, de procédure et de forme ont été respectées. Telle était déjà la proposition du commissaire Salat-Baroux en 1999 qui, concluant sur l'affaire *Mme Ba*, invitait le Conseil d'État à effectuer un contrôle minimum de la décision de nomination en assurant « le respect des textes concernant le Conseil constitutionnel et notamment de l'article 56 de la Constitution, en ce qui concerne l'impossibilité de procéder à une nouvelle nomination ou à mettre fin avant son terme au mandat d'un président du Conseil constitutionnel [...] [ainsi que le] respect des principes

---

<sup>31</sup> Il est vrai cependant que bien des compétences présidentielles dispensées de contreseing relèvent de la catégorie des actes de Gouvernement : voir CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, Rec. p. 143 (décision par laquelle le président de la République décide de recourir à l'article 16 de la Constitution) ; CE Ass., 19 oct. 1962, *Brocas*, Rec. p. 553 et CE, 29 avr. 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et Le Gac*, Rec. p. 279 (décret présidentiel soumettant un projet de loi au référendum sur le fondement de l'art. 11 de la Constitution) ; voir CE, 16 sept. 2005, *Hoffer*, Rec. T. p. 894 (sur la nomination du Premier ministre) ou encore CE 20 févr. 1989, *Allain*, Rec. p. 60 (quant à la décision de dissoudre l'Assemblée nationale).

<sup>32</sup> De nombreux exemples jalonnent la jurisprudence du Conseil d'État : CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607 (quant à la soumission ou au refus de soumettre un projet de loi au Parlement) ; CE 9 oct. 2002, *Meyet et Bouget*, Rec. p. 329 (sur le refus du Premier ministre d'invoquer l'urgence à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* d'une loi) ; CE, ord. réf., 23 févr. 2005, *René Georges X.*, req. n°277840, inéd. (décision du Président de la République de recourir au référendum sur le fondement de l'article 89 de la Constitution).

<sup>33</sup> En ce sens, voir CE, 5 mai 1976, *Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées*, Rec. p. 228. Le Conseil d'État s'est ainsi reconnu compétent pour apprécier la légalité de l'arrêté, non contresigné par le Premier ministre, par lequel le Président de la République nomme ses conseillers au secrétariat général de la présidence de la République.

<sup>34</sup> Pour des développements sur les fonctions du contreseing, voir la démonstration que nous avons suivie à ce sujet dans notre thèse et les éléments de bibliographie que nous avons pu livrer : L. Sponchiado, *La Compétence de nomination (...)*, op. cit., p. 63-122.

constitutionnels ou généraux du droit tels que ceux exigeant la nationalité française pour être membre d'une juridiction, de ne pas être privé de ses droits civils et politiques et, bien sûr le principe de l'indépendance des juridictions<sup>35</sup> ». La procédure d'avis préalable à la nomination des membres du Conseil constitutionnel inviterait elle aussi à revenir sur la jurisprudence *Mme Ba* ; le rapporteur écarte pourtant cette solution.

Selon lui, « la circonstance que la nomination du Président de la commission de l'article 25 de la Constitution soit soumise à la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution ne conduit pas à qualifier un tel acte d'acte de Gouvernement. [...] Le Parlement n'est pas devenu, avec le dernier alinéa de l'article 13, le co-auteur des nominations que le Président de la République effectue après avoir recueilli son avis<sup>36</sup> ». Autrement dit, le rapporteur invite le Conseil d'État à ne pas retenir la qualification d'acte de Gouvernement en récusant l'idée que les Parlementaires sont co-auteurs des nominations. Ce faisant, il semble en réalité confondre deux questions qui pouvaient être distinguées. Car il aurait été possible d'admettre que, agissant dans le cadre de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, les parlementaires sont co-auteurs des nominations, sans pour autant en déduire que l'ensemble des décrets de nomination adoptés suivant cette procédure sont des actes de Gouvernement et qu'ils sont pleinement injusticiables.

### **B. Interrogations sur le rôle des parlementaires dans le processus de nomination rénové**

Les parlementaires sont-ils co-auteurs des décrets adoptés suivant la procédure de l'article 13 alinéa 5 ? Le rapporteur répond fermement par la négative et le Conseil d'État fait sienne cette

---

<sup>35</sup> F. Salat-Baroux, « Persistance des actes de gouvernement (la désignation des membres du Conseil constitutionnel) » (concl. contraires), *RFDA*, 1999, p. 576.

<sup>36</sup> Concl. X. Domino, préc. Le rapporteur mentionne notre thèse. Nous concluons pourtant les développements en écrivant que : « En l'état de la jurisprudence, il se pourrait donc que tous les actes adoptés en vertu du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution soient considérés par le juge administratif comme des actes de gouvernement. *À supposer cependant que le juge choisisse une telle voie, cela ne signifierait pas pour autant qu'il se refuserait à faire respecter la procédure d'avis parlementaire.* Cette solution s'opposerait cependant radicalement à l'objectif de la réforme. Le juge pourrait surtout prendre acte de l'existence d'une telle procédure et des finalités qu'elle poursuit *pour abandonner la jurisprudence Mme Ba* et réduire encore le nombre d'actes de gouvernement. Au lieu d'un contrôle confidentiel, il effectuerait un contrôle aussi transparent que le reste de la procédure et pourrait même aller jusqu'à opérer un contrôle restreint à l'erreur manifeste voire même un contrôle normal ». L. Sponchiado, *La Compétence de nomination (...), op. cit.*, p. 477. Nous soulignons.

approche. Selon Xavier Domino, la procédure établie à cet article n'est pas une procédure d'avis conforme qui obligerait à considérer que les commissaires se prononçant sont co-auteurs des décrets ainsi édictés. Son raisonnement peine à convaincre.

D'abord, il affirme lui-même que cette procédure instaure « un droit de veto » ; « droit de veto [...] assez atypique » certes, mais un droit de veto tout de même<sup>37</sup>. Or, précisément, dans la typologie des avis préalables à une décision administrative, seuls les avis conformes peuvent être analysés comme conférant à leur auteur un « droit de veto »<sup>38</sup>. Le rapporteur les définit d'ailleurs de façon classique : « L'avis conforme est [...] l'avis obligatoire qui contraint le sens de la décision prise *in fine* par l'administration qui le sollicite<sup>39</sup> ». Il rappelle ensuite que l'autorité sollicitant l'avis peut seulement, soit le suivre, soit décider de solliciter un autre avis. Une première contradiction dans le raisonnement point ici, car il est difficile d'admettre qu'un avis simple puisse constituer un droit de veto<sup>40</sup> et rien n'explique, compte tenu de la définition de l'avis conforme qu'il livre, que le rapporteur refuse d'analyser comme tel l'avis prévu à l'article 13 de la Constitution. Le Président de la République est bien tenu de le solliciter et tenu de le suivre s'il décide de nommer. Pour justifier sa position, le rapporteur convoque la lettre de la Constitution et les travaux parlementaires du printemps et de l'été 2008.

« La lettre de la Constitution [...] est claire<sup>41</sup> », écrit-il. Il cite, pour sa démonstration, le deuxième alinéa de l'article 13 : « c'est le Président de la République qui “nomme aux emplois civils et militaires de l'État” ». Un autre Conseiller d'État, en un autre temps, aurait rappelé que « la magie des textes juridiques veut que lorsqu'on dit “le Président fait quelque chose” cela signifie en fait que ce n'est pas lui<sup>42</sup> », à raison, notamment, de la règle du contreseing<sup>43</sup>. Surtout, en opposant ainsi deux alinéas, le rapporteur feint d'ignorer que

---

<sup>37</sup> Concl. X. Domino, préc., p. 525.

<sup>38</sup> Quant à la typologie des avis simples, obligatoires ou conformes, voir notamment H. Hoepffner, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 895 ; P.-L. Frier, « Vice de procédure », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, mis à jour en 2014, §26 et s.

<sup>39</sup> Concl. X. Domino, préc., p. 525.

<sup>40</sup> Pour une telle position, voir A. Roblot-Troizier, « Commentaire sous CC, n°2009-577 DC, 3 mars 2009 », in M. Verpeaux *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, p. 120 et 122. L'auteur énonce que les parlementaires jouissent d'un droit de veto mais y voit cependant un avis simple.

<sup>41</sup> Concl. X. Domino, préc., p. 525.

<sup>42</sup> R. Janot, in D. Maus et O. Passelecq (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, La Documentation française, coll. « Les cahiers constitutionnels de Paris I », 1997, p. 47.

<sup>43</sup> On se souvient d'ailleurs que l'absence de contreseing pour certains actes fut considérée, en 1958, comme un bouleversement. L'importance de cette rupture ne se comprend précisément que parce que le contreseing donne aux compétences présidentielles un caractère formel et dépossède la Présidence de la République d'une compétence décisionnelle. Ceci ressort de bien des écrits des premières années de la V<sup>e</sup> République. Voir notamment G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1959, p. 424 ; J. Chatelain,

l'objectif même d'une révision constitutionnelle est parfois – souvent – de rétablir des équilibres, de redistribuer des compétences, d'autoriser ce qui, la veille, était encore interdit. Le rapporteur insiste d'ailleurs en notant que « le dernier alinéa relatif à la procédure d'avis des assemblées parlementaires indique bien que c'est "le pouvoir de nomination du Président" qui s'exerce après avis, rappelant ainsi que le titulaire de ce pouvoir demeure le Président de la République et lui seul. » Là encore, cette lecture ne peut être retenue car « du point de vue strictement juridique, le [Président de la République] n'exerce jamais son pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires de manière solitaire<sup>44</sup>. » Ceci était vrai avant 2008 et demeure vrai aujourd'hui. Comme l'écrivait très justement Charles Eisenmann, « l'acte juridique est objectivement une opération complexe en elle-même<sup>45</sup> ». La plupart des nominations présidentielles résultent de l'interconnexion entre différents acteurs, traduisent un « morcellement des compétences<sup>46</sup> » et peuvent être pensées comme des « opérations à procédure » produites par un « organe complexe », telles que les a définies Marcel Waline<sup>47</sup>.

Le rapporteur se réfère ensuite aux travaux parlementaires qui, eux, écrit-il sont « extrêmement clairs<sup>48</sup> » : « la modification de l'article 13 de la Constitution n'avait pas pour objet de transférer le pouvoir de nomination du Président de la République au Parlement, mais seulement de l'encadrer<sup>49</sup> ». Il est vrai que le syntagme « avis conforme » fut peu employé dans les hémicycles lors des débats et que, au Sénat, le rapporteur Hiest rejeta un amendement en affirmant : « Nous sommes opposés à la mise en place d'un avis conforme<sup>50</sup> ». Mais on trouve aussi, dans certains débats, l'idée selon laquelle l'avis établi à l'article 13 est un avis conforme. Ainsi, à l'Assemblée nationale, un amendement de Jean-Yves Le Bouillonnet visant à préciser

---

*La Nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, Berger Levrault, coll. « Institutions politiques d'aujourd'hui », 1959, p. 96-97 ; M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 2 *Le régime politique français*, PUF, coll. « Thémis », 4<sup>e</sup> éd., 1959, p. 668-669. De même, dans sa thèse de doctorat, le professeur Chantebout écrit qu'en maintenant « pour l'exercice de ce pouvoir [de nomination aux emplois civils et militaires de l'État] l'obligation du contreseing, il n'est pas certain qu'il [le constituant] ait entendu élargir considérablement par-là les prérogatives réelles de la présidence » (B. Chantebout, *L'Organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1967, p. 196).

<sup>44</sup> J. Petit, « La nomination des grands commis de l'État », *Revue générale de Droit*, n°36, 2006, p. 660.

<sup>45</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, t. 2, p. 372. Il ajoute que sont rares « les décisions arrêtées dans le secret total, même au stade de la préparation, par un autocrate, monarque absolu ou dictateur, écrites et signées et scellées par lui-même de sa propre main ».

<sup>46</sup> L. di Qual, *La Compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 239.

<sup>47</sup> M. Waline, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 318.

<sup>48</sup> Concl. X. Domino, préc., p. 525.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> *JORF* du 16 juillet 2008, n°48, S (C.R.), séance du 15 juillet 2008, p. 4643. Le rapporteur Domino cite cette phrase dans ses conclusions, bien qu'il se réfère davantage à la position du Gouvernement qu'à celle des parlementaires, ce qui, en soi, n'est déjà pas dénué de sens.

que « les nominations au Conseil [constitutionnel] sont soumises à l'avis conforme de la commission prévue par l'article 13 de la Constitution » fut-il écarté au motif que « le premier point soulevé était d'ores et déjà satisfait par la procédure adoptée en matière de nominations »<sup>51</sup>.

Et si le Conseil d'État avait admis qu'il s'agissait bel et bien d'un avis érigeant les parlementaires en co-auteurs des actes de nominations adoptés suivant la procédure de l'article 13, cela l'aurait-il nécessairement conduit à qualifier l'acte en cause d'acte de Gouvernement, comme semble l'admettre le rapporteur en cette affaire ? Pas nécessairement. Rappelons que, en 1958, le Conseil d'État, saisi d'un décret adopté sur avis conforme d'une commission permanente parlementaire, n'y vit pas un acte de gouvernement<sup>52</sup>. Et, comme l'écrivit le Professeur Belrhali, dans le cadre de l'élaboration d'un acte administratif unilatéral, « les participants peuvent représenter différentes personnes juridiques, mais ils peuvent aussi n'en représenter qu'une seule ; il peut s'agir d'organes unipersonnels ou collégiaux, dotés ou non de la personnalité juridique. Cette diversité des formes juridiques des participants se combine cependant avec une exigence constante : l'acte élaboré par les participants doit être unique »<sup>53</sup>. En considérant les commissaires et non le Parlement comme co-auteur de l'acte, le Conseil d'État aurait pu sans difficulté écarté la qualification d'acte de Gouvernement sans disqualifier pour autant le rôle des parlementaires dans la procédure de nomination, comme il le fait dans l'affaire *Président du Sénat*.

Enfin, à supposer même que le juge se pense contraint de conclure que le fait d'associer les parlementaires à la procédure de nomination oblige à tenir de tels actes pour des actes de Gouvernement, cela ne l'obligerait pas à évacuer tout contrôle. Comme le démontrèrent certains auteurs, pour décliner sa compétence en matière d'actes de gouvernement, le juge administratif procède implicitement, mais nécessairement, à un certain nombre de vérifications. Le professeur Binczak révèle par exemple que le Conseil d'État, dût-il ensuite se déclarer incompetent, contrôle la légalité externe de l'acte<sup>54</sup>, tandis que la légalité interne fait l'objet

---

<sup>51</sup> Ass. nat., commission des lois (C.R.), n°58, séance du 14 mai 2008, p. 27.

<sup>52</sup> CE, 19 déc. 1958, *Sieur X*, D. 1959, I, p. 558.

<sup>53</sup> H. Belrhali, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 31.

<sup>54</sup> P. Binczak, « Actes de Gouvernement », préc. : le juge vérifierait la compétence de l'auteur de l'acte (§40), la procédure et la forme de l'acte (§46). Dans le même sens, Ph. Azouaou, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, thèse dact., Université Paris X - Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 626-628. Voir aussi X. Dupré de Boulois, « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791-1823.

d'une appréciation plus ténue qu'un contrôle minimum classique<sup>55</sup>. Dès lors, même s'il avait estimé être en présence d'une nouvelle catégorie d'acte de Gouvernement, le juge, après un contrôle « confidentiel<sup>56</sup> » de la nomination, aurait pu censurer le non-respect de la procédure.

La position du rapporteur dans l'affaire *Président du Sénat* fut adoptée par le Conseil d'État et n'est guère éloignée de celle qu'avait également retenue le Conseil constitutionnel<sup>57</sup>. Tous deux refusent d'analyser la procédure de l'article 13 alinéa 5 comme un avis conforme, lors même que, comme pour tout avis conforme, les parlementaires *doivent* être sollicités et que le Président de la République est *tenu de suivre* leur avis, s'il est négatif. Ainsi était-il permis de penser que, puisqu'il n'a pas été précédé de l'avis de la commission des lois du Sénat, l'acte litigieux était entaché d'incompétence<sup>58</sup>. On mesure ainsi combien cette procédure d'avis présentée, comme un surcroît de pouvoir au bénéfice du Parlement, se trouve atrophiée au prix d'un raisonnement qui n'est nullement évident.

---

<sup>55</sup> P. Binczak, « Actes de Gouvernement », préc. §48.

<sup>56</sup> *Ibid.*, §41.

<sup>57</sup> Voir en particulier Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4336, *Rec.* p. 64. Cette affaire concernait le contrôle *a priori* de la loi du 3 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle. Cette loi établissait que les présidents des sociétés de l'audiovisuel public « sont nommés par décret [...] après avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel et après avis des commissions parlementaires compétentes [...] », suivant la procédure de l'article 13 al. 5 de la Constitution. Elle ajoutait encore que leur mandat « peut leur être retiré par décret motivé, après avis conforme, également motivé, du Conseil supérieur de l'audiovisuel [...] et avis public des commissions parlementaires compétentes ». Or, dans la décision 577 DC, le Conseil constitutionnel décida que le législateur pouvait ajouter un avis conforme (celui du CSA) à un autre avis (celui des commissions permanentes), sans tenir, semble-t-il, l'avis des parlementaires pour un avis conforme (cons. 9). Pourtant, dans cette même décision, il considéra, en se fondant sur le principe de séparation des pouvoirs, que le législateur ne pouvait autoriser les commissions permanentes compétentes à « exercer un droit de veto » (cons. 13) sur la décision de révocation ; tout au plus pouvait-il prévoir un avis obligatoire. Ce raisonnement semble contradictoire. Car, soit il s'agit d'un avis simple, mais dans ce cas il ne peut nullement heurter le principe de séparation des pouvoirs et rien n'interdisait que les parlementaires se prononçassent sur la révocation ; soit il s'agit d'un avis conforme et, dans ce cas, il sert la séparation des pouvoirs et appelle le parallélisme des compétences. Pour deux commentaires critiques de la décision sur cette question, voir en particulier A. Roblot-Troizier, « Commentaire sous CC, n°2009-577 DC, 3 mars 2009 », art. cité, p. 121 et s. et P. Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617.

<sup>58</sup> Voir en ce sens, CE, 7 janvier 1955, *Ged*, *Rec.* p. 11 (l'avis conforme y est explicitement présenté comme une règle de compétence ; voir concl. Mosset, *D.* 1955, not. p. 71) ; CE, 14 nov. 1957, *Bodin*, *Rec.* p. 609 ; CE, 29 janv. 1969, *Dame veuve Chanebout*, *Rec.* p. 43 (dans ces deux espèces, l'acte qui intervient sans sollicitation de l'avis conforme requis « [est entaché] d'un vice qui affecte la compétence de l'autorité qualifiée pour la prendre ») ; CE, 12 janvier 1972, *Caisse des dépôts c./ Sieur Picot*, *Rec.* p. 33 et CE, 29 oct. 2013, *Vidon*, *Rec.* p. 259 (dans ces deux affaires, le Conseil d'État admet la recevabilité d'un recours directement dirigé contre un avis conforme). Voir également, C. Roblin, « Les avis conformes », in G. Dupuis (dir), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, *Economica*, 1979, p. 80-96. Voir également CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthonny et autres*, n° 335033, *Rec.* p. 649.

Dès lors, puisque le Conseil d'État dénie le caractère conforme de l'avis, il peut ensuite analyser sous l'angle d'un défaut de procédure et d'une « formalité impossible » ce qui relevait pourtant d'une règle de compétence. Il en vient même à réécrire la loi de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 en modifiant la procédure afin d'empêcher que l'une des assemblées use de manœuvres dilatoires pour faire échec à une nomination présidentielle.

## **II. Conseil d'État-législateur contre manœuvres dilatoires**

Subrepticement, au considérant 5 de son arrêt *Président du Sénat*, le Conseil d'État se fait législateur et ajoute une nouvelle règle dans le processus de nomination établi par la Constitution et les lois organiques et ordinaires de juillet 2010 : « Considérant [...] que cette compétence du Président de la République s'exerce dans le respect de la procédure prévue par le cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution ; qu'il appartient, dans ce cadre, aux commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat de procéder à l'audition de la personnalité pressentie, *dans un délai raisonnable* et au moins huit jours après que son nom a été rendu public, et d'émettre ensuite par un vote un avis sur la nomination, laquelle ne peut intervenir lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions<sup>59</sup> ».

L'exigence d'un « délai raisonnable » qui s'imposerait aux parlementaires est une pure création du juge administratif se faisant législateur (A) qui lui permet ensuite de mobiliser l'argument de la « formalité impossible » pour juger légal le décret de nomination édicté sans l'avis de la commission permanente compétente du Sénat. Une telle solution et l'application d'une logique administrative à un conflit entre organes constitutionnels n'est pas non plus exempte de critiques (B).

### **A. Interrogations sur l'invention de l'exigence d'un délai raisonnable**

Dans son commentaire de l'arrêt *Président du Sénat*, le professeur Éveillard pose nettement la question : « Le Conseil d'État s'érigerait-il donc ce faisant en législateur, au risque de

---

<sup>59</sup> Voir aussi le consid. 7 de l'arrêt *Président du Sénat*. Nous soulignons.

contredire le législateur véritable<sup>60</sup> ». Il répond tout aussi nettement par la négative et explique qu'en imposant un délai raisonnable<sup>61</sup> aux commissions pour qu'elles émettent leur avis, « comme dans l'arrêt Czabaj, [le Conseil d'État] réagit à un comportement du requérant qui frôle le détournement de procédure, voire l'abus de droit<sup>62</sup> ». *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Bien sûr, on peut considérer qu'il n'est pas souhaitable que les organes habilités (se) jouent des délais pour faire échec à des procédures complexes. Le Président Larcher lui-même eut l'occasion d'affirmer que « malgré l'absence de délai pour statuer sur les nominations proposées par le chef de l'État, aucune des deux assemblées, par-delà les majorités successives, n'a usé de cette procédure pour faire obstruction, de manière dilatoire, au pouvoir de nomination de l'exécutif<sup>63</sup> ». C'est pourtant ce qui advint un an après la publication de ce propos. Que l'on juge immorale ou dangereuse une manœuvre dilatoire est une chose ; que le juge s'oppose à ce type de manœuvres politiques en se faisant législateur est une autre chose, qui n'est pas non plus sans danger.

Si l'on peut être tenté de blâmer l'attitude du Sénat dans cette affaire, il semble pourtant qu'il avait le droit pour lui<sup>64</sup>. Lors du processus de révision constitutionnelle, les parlementaires invoquèrent volontiers l'exemple américain du *confirmation process* par lequel le Sénat américain est appelé à s'exprimer à la majorité simple sur les nominations envisagées par le Président des États-Unis d'Amérique<sup>65</sup>. Or, les écrits américains relatifs à la procédure

---

<sup>60</sup> G. Éveillard, « L'absence de pouvoir d'obstruction des assemblées parlementaires sur les nominations aux fonctions et emplois publics de l'article 13, alinéa 5, de la Constitution », *cette revue*, n°4, avril 2018, p. 40.

<sup>61</sup> Pour une analyse de ce « standard », voir les développements qu'y consacre le professeur Éveillard (*loc. cit.*).

<sup>62</sup> *Loc. cit.* Une telle approche oblige également à s'interroger sur le mouvement, souvent décrit, de subjectivisation du contentieux administratif qui peut conduire à des solutions parfois déconcertantes. Sur ce thème au sujet duquel la littérature est abondante, voir en particulier J. Sirinelli, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

<sup>63</sup> G. Larcher, « Préface » in L. Sponchiado, *La Compétence de nomination (...)*, *op. cit.*, p. XVIII. Le Président Larcher entendit démentir en ces termes nos analyses des limites de la procédure de l'article 13 alinéa 5.

<sup>64</sup> Voir aussi H. Rabault, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel », *LPA*, 2018, n°61, p. 17 : « Du point de vue de la lettre du texte constitutionnel, le recours du président du Sénat était parfaitement fondé. Si le Conseil d'État s'en était tenu à la lettre de la Constitution, il eût dû aboutir à invalider la nomination à laquelle le Président de la République avait procédé ».

<sup>65</sup> Les auteurs américains ne sont d'ailleurs pas unanimes sur l'étendue de la compétence du Sénat. Pour certains, le Sénat peut s'opposer à une nomination, pour d'autres la procédure ne lie nullement la Présidence, pour d'autres enfin, le Sénat doit nécessairement être appelé à auditionner les candidats mais ne peut s'opposer. Pour ces trois positions, voir respectivement (et parmi bien d'autres travaux), J. Ferling, « The Senate and Federal Judges: The Intent of the Founding Fathers », *Capitol Studies*, vol. 2, 1974, p. 57-70 ; P. J. Harris, *The Advice and Consent of the Senate: A Study of the Confirmation of Appointments by the United States Senate*, University of California Press, 1953, 457 p. et M. J. Gerhardt, *The Federal Appointments Process. A Constitutional and Historical Analysis*, Duke University Press, 2003, p. 33 par ex.

enseignent que, en dépit de tentatives d'encadrement de cette procédure<sup>66</sup>, Président et sénateurs n'hésitent pas à user de manœuvres dilatoires. Le Président attend ainsi parfois plus d'un an avant de proposer le nom d'un futur titulaire potentiel<sup>67</sup>. En vis-à-vis, pour les sénateurs, « le recours aux manœuvres dilatoires (*delay*) est une stratégie particulièrement efficace pour contester une nomination présidentielle<sup>68</sup> » et ce phénomène semble aller s'aggravant<sup>69</sup>. Lors des débats en France sur la révision constitutionnelle et sur la loi de juillet 2010 établissant la procédure, nul n'a souhaité tirer le principal enseignement que livre une étude de la procédure américaine, qui fut pourtant identifié par certains parlementaires<sup>70</sup> : soit il fallait admettre que le jeu politique autorise des pratiques dilatoires<sup>71</sup>, soit il fallait encadrer les délais dans lesquels le Président de la République propose et ceux dans lesquels les parlementaires se prononcent. À défaut d'avoir choisi la seconde option, les parlementaires firent place aux (risques de) manœuvres dilatoires. Et cette tension jaillit en France à l'occasion de la nomination à la Présidence de l'article 25 de la Constitution. En l'occurrence, le Président du Sénat reprochait au Président de la République d'avoir attendu deux ans avant de proposer le nom du successeur d'Yves Guéna et d'avoir attendu l'extrême fin de son mandat pour décider d'agir. Le Président

---

<sup>66</sup> H. B. Hogue and M. P. Carey, *Appointment and Confirmation of Executive Branch Leadership: An Overview*, Congressional Research Service, Report for Congress, 2015, 17 p. Pour un regard critique et des propositions, voir S. L. Carter, *The Confirmation Mess : Cleaning up the Federal Appointments Process*, Basic Books, 1994, 252 p.

<sup>67</sup> Par exemple, lors de la présidence de Bill Clinton, cinq cents jours s'écoulaient en moyenne avant que le Président décidât de proposer un nom. M. J. Gerhardt, *The Federal Appointments Process*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>68</sup> *Loc. cit.* Notre trad. pour : « Delay is a particularly effective strategy in contesting a presidential nomination ».

<sup>69</sup> Voir en ce sens S. A. Binder and F. Maltzman, « Senatorial Delay in Confirming Federal Judges (1947-1998) », *American Journal of Political Science*, vol. 46, 2002, p. 190-199. Les auteurs démontrent que raisons idéologiques et stratégies institutionnelles se conjuguent pour expliquer les manœuvres dilatoires du Sénat. Ils développent leurs analyses également in S. A. Binder and F. Maltzman, *Advice & Dissent. The Struggle to Shape the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press, 2009, 198 p. Voir aussi M. J. Gerhardt, *The Federal Appointments Process (...)*, *op. cit.*, p. 123-124 ; H.K. Chang, « The President versus the Senate : Appointments in the American System of Separated Powers and the Federal Reserve », *Journal of Law, Economics and Organizations*, Oxford University Press, vol.17, n°2, 2001, p. 314-355 ; M. L. Longabaugh, « Separating Rhetoric from Reality : A Political and Statistical Look at Federal Judicial Confirmation Delays », *BePress Legal Series*, paper 1298, 2006, 73 p. ; L. Cohen Bell, « The Senate's Use of Delay to Shape the Federal Judiciary », *Political Research Quarterly*, vol. 55, n°3, 2002, p. 589-607 ; B. P. Denning, « Reforming the New Confirmation Process : Replacing "Despise and Resent" with "Advice and Consent" », *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, p. 1-44.

Pour l'analyse de périodes plus récentes et de panels parfois plus larges, voir en particulier les précieuses études suivantes : I. Ostrander, « The Logic of Collective Inaction : Senatorial Delay in Executive Nominations », *American Journal of Political Science*, vol. 60, n° 4, 2016, p. 1063-1076 et N. O. Howard and J. M. Roberts, « The Politics of Obstruction : Republican Holds in the U.S. Senate », *Legislative Studies Quarterly*, 2015, n°40-2, p. 273-294.

<sup>70</sup> En ce sens, voir J.-J. Hiest, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*, S, première lecture, juin 2008, n°387, p. 74 et J.-L. Warsmann, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*, AN, première lecture, n°892, mai 2008, p. 146.

<sup>71</sup> Outre les ouvrages américains susmentionnés, il est possible de prendre la mesure de l'enjeu politique à l'œuvre dans le processus de nomination aux États-Unis en lisant M. Silverstein, *Judicious Choices. The Politics of Supreme Court Nomination*, Norton, 2<sup>e</sup> éd., 2007, 246 p.

de la République accusait en retour le Sénat d'abuser de sa compétence : en ne respectant pas un « délai raisonnable », il rendait la « formalité impossible ».

S'agissant de la décision présidentielle, il est vrai, comme l'indiquèrent certains parlementaires, qu'il n'existe aucune raison juridique valable pour admettre qu'un organe habilité ne puisse exercer ses compétences jusqu'au terme exact de son mandat<sup>72</sup> et ce, même s'il laisse s'écouler un délai « déraisonnable » avant de formuler une proposition. Le Président Larcher lui-même, autorité de nomination, proposa bien tardivement le nom membre du Conseil constitutionnel ayant vocation à succéder à Madame Belloubet<sup>73</sup>. Et, en l'occurrence, le Président Hollande était bel et bien compétent pour signer des décrets de nomination jusqu'à la passation de pouvoir qui se déroula le 14 mai 2017.

S'agissant de la position du Sénat, il faut bien admettre que, telle qu'elle est organisée en droit, la procédure ne garantissait pas au Président de la République qu'il pouvait procéder à la nomination litigieuse. En effet, aucun délai n'avait été prévu par le législateur pour que les assemblées se prononce. Et « ce n'est qu'au prix d'une réécriture de la loi du 23 juillet 2010 que le Conseil d'État a pu considérer que les commissions compétentes devaient procéder à l'audition de la personnalité pressentie “dans un délai raisonnable”<sup>74</sup> ».

Bien sûr, « admettre que les parlementaires puissent s'opposer à une nomination présidentielle, même sous couvert de simplement la différer, autrement que par un *veto* à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, serait tordre les termes de l'article 13 en attachant à l'absence de scrutin dans l'une des commissions les mêmes conséquences juridiques que celles d'un vote à la majorité négative des trois cinquièmes au sein des commissions des deux assemblées. » Dans ce cas, effectivement, les parlementaires manipulent la procédure. Ils jouent avec l'interprétation, sur le fil de la légalité, mais dans ses limites. À l'inverse, admettre que le Président de la République puisse nommer sans vote des deux chambres revient aussi à « tordre les termes de l'article 13 » en tenant l'absence de scrutin pour une absence de refus,

---

<sup>72</sup> En ce sens, voir aussi G. Éveillard, « L'absence de pouvoir d'obstruction (...) », art. cité, p 39-40.

<sup>73</sup> À ce sujet, voir T. Hochmann, « Les carpes du Luxembourg. À propos du Sénat et du Conseil constitutionnel », novembre 2017, en ligne sur le blog *Juspoliticum*.

<sup>74</sup> J. Benetti, « La commission des lois du Sénat ne peut valablement refuser d'émettre un avis sur le fondement de l'article 13 de la Constitution pour s'opposer à une nomination présidentielle. Quand le Conseil d'État se fait juge des conflits entre organes constitutionnels », *Constitutions*, 2017, p. 541.

alors que cette hypothèse a été expressément rejetée par les parlementaires<sup>75</sup>. Dans ce cas, non seulement la procédure est manipulée, mais elle l'est en contradiction avec la légalité.

C'est pourtant cette voie que choisit de suivre le Conseil d'État : le refus de réunir la commission des lois dans un délai raisonnable « a mis le Président de la République dans l'impossibilité de recueillir son avis » et a « rendu impossible le respect de la règle » imposant le dépouillement simultané des votes émis. Le Conseil d'État porte enfin l'estocade en concluant « que, dans ces conditions, le moyen tiré du défaut de consultation de la commission des lois du Sénat et le moyen tiré de l'absence de dépouillement simultané des scrutins par les deux assemblées ne peuvent qu'être écartés »<sup>76</sup>.

### **B. Interrogations sur le standard de la « formalité impossible » et la séparation des pouvoirs**

Répondant à l'argument développé par le Premier ministre en défense, le rapporteur Domino rappelle la jurisprudence de la « formalité impossible » et propose au juge d'en faire application à l'espèce. Les illustrations du standard jurisprudentiel des « formalités impossibles » sont effectivement nombreuses : un organisme consultatif ne saurait faire échec à une procédure administrative en refusant de remplir son office<sup>77</sup>. Le rapporteur convoque en particulier les analyses du Président Odent<sup>78</sup>, les conclusions du commissaire Genevois dans l'affaire *Ministre*

---

<sup>75</sup> En effet, ils ont explicitement écarté l'idée que, passé un certain délai, leur silence pourrait valoir acceptation. Le rapporteur sur le projet de loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale, M. Warsmann, avait émis cette proposition qui fut écartée par les parlementaires : « Dans la mesure où l'avis que devra rendre la commission sera une formalité substantielle dont l'absence de respect pourrait entacher de nullité l'acte de nomination, il conviendra sans doute d'imposer à la commission un délai au-delà duquel l'absence d'avis sera réputée être un avis positif tacite. Ce délai devra assurer l'équilibre nécessaire entre l'impératif de continuité du service public, qui peut dans certains cas exiger une nomination dans des délais brefs, et le besoin d'un temps d'examen approfondi des propositions soumises à l'avis de la commission » (J.-L. Warsmann, *Rapport n°892 sur le projet de loi constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 146).

Certains auteurs américains plaident d'ailleurs en faveur d'une telle solution. Voir en particulier M. C. Stephenson, « Can the President Appoint Principal Executive Officers Without a Senate Confirmation Vote ? », art. cité. L'auteur propose que « lorsque le Président nomme un individu [...], l'inaction du Sénat sur une nomination dans un délai raisonnable [...] doit être interprétée comme l'expression tacite ou implicite de son "advice and consent" à la nomination ». Notre trad. pour : « when the President nominates an individual [...], the Senate's failure to act on the nomination within a reasonable period of time [...] shall be construed as providing the Senate's tacite or implied "Advice and Consent" to the appointment » (p. 946).

<sup>76</sup> CE, 13 décembre 2017, *Président du Sénat*, consid. 7.

<sup>77</sup> Le rapporteur Domino cite en particulier : CE Ass., 23 janv. 1931, *Sieur Rondeau*, *Rec.* p. 91 ; CE Sect., 12 oct. 1956, *Sieur Baillet*, *Rec.* p. 356 ; CE, 16 nov. 1956, *Sieur Pénicaut*, *Rec.* p. 432 ; CE, 18 mars 1981, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT*, *Rec. T.* p. 577 ; CE, 19 févr. 2003, *Bresillon*, *Rec.* p. 36 ; CE Sect., 8 juin 1962, *Ministre des postes et télécommunication c/ Sieur Frischmann*, *Rec.* p. 382 ; CE, 23 juin 1972, *Sieur Pinabel*, *Rec.* p. 481.

<sup>78</sup> Le Président soutenait en effet qu'une autorité administrative « doit pouvoir se passer de l'avis d'un organisme dont les membres ou certains d'entre eux par conviction personnelle ou cédant à des pressions extérieures font

du commerce et de l'artisanat c/ Société « Au Printemps »<sup>79</sup>, ainsi que celles du rapporteur Crépey sur l'arrêt du 19 novembre 2014, *Société Research in Motion et autres*<sup>80</sup>. Pourtant, M. Crépey ajoutait « que, pour un organe investi d'un pouvoir décisionnel, et non pas simplement consultatif, les choses se présentent un peu différemment [...] Lorsque le processus de prise de décision, écrivait-il, est directement en cause, la méconnaissance des règles de composition s'apparente à une forme d'incompétence que nous ne croyons pas souhaitable de surmonter aussi facilement, quitte dès lors à ce que l'auteur de la législation ou de la réglementation dont s'agit soit ultimement contraint, le cas échéant, de repenser le dispositif compte tenu de l'impossibilité de faire fonctionner celui qu'il avait initialement conçu dans les conditions qu'il avait imaginées »<sup>81</sup> ». En l'occurrence, si le Conseil d'État applique la thèse de la formalité impossible, c'est bien parce qu'il refuse d'admettre que l'avis des parlementaires est un avis conforme et qu'était en cause non une « formalité » mais une règle de compétence<sup>82</sup>.

Si les commentaires de la décision *Président du Sénat* saluent cette position<sup>83</sup>, qu'il soit permis d'émettre des doutes. D'abord, il faut nuancer l'idée selon laquelle la position du Sénat rendait impossible le recueil de l'avis et le dépouillement simultané. Mais surtout, il convient de réfléchir à l'application de la « formalité impossible » à une procédure impliquant les parlementaires.

---

systématiquement obstacle à ce que cet organisme remplisse sa mission » (*Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 2, p. 484, cité par X. Domino, préc., p. 526)

<sup>79</sup> CE Sect., 19 décembre 1980, *Ministre du commerce et de l'artisanat c/ Société « Au Printemps »*, *Rec.* p. 481.

<sup>80</sup> CE, 19 novembre 2014, *Société Research in Motion et autres*, inédit.

<sup>81</sup> Que M. le rapporteur Crépey soit ici remercié d'avoir consenti à nous transmettre ses conclusions en nous autorisant à les citer.

Le rapporteur Crépey vise l'arrêt CE, 11 févr. 1981, *Mme Cornée*, *Rec.* p. 84. En l'occurrence, une commission chargée d'arrêter la liste d'aptitude aux fonctions de maîtres de conférences agrégés a arrêté une telle liste en dépit de l'irrégularité de sa composition ; l'irrégularité tenait à la « défaillance inopinée d'un de ses deux membres ». Le ministre arguait l'impossibilité d'accomplir la formalité requise par les textes. Le Conseil d'État a refusé de faire droit à l'argument en prenant acte du « pouvoir qui était donné à cet organisme ».

<sup>82</sup> Cf. concl. X. Domino, préc., p. 526. Le commissaire Crépey proposait pourtant une solution plus mesurée : « Lorsque le processus de prise de décision, écrivait-il, est directement en cause, la méconnaissance des règles de composition s'apparente à une forme d'incompétence que nous ne croyons pas souhaitable de surmonter aussi facilement, quitte dès lors à ce que l'auteur de la législation ou de la réglementation dont s'agit soit ultimement contraint, le cas échéant, de repenser le dispositif compte tenu de l'impossibilité de faire fonctionner celui qu'il avait initialement conçu dans les conditions qu'il avait imaginées » (p. 15 du PDF qui nous a été communiqué).

<sup>83</sup> La quasi-totalité des commentaires parus salue la solution retenue par le Conseil d'État (J. Benetti, « La commission des lois du Sénat (...) », art. cité, p. 541 ; G. Éveillard, « L'absence de pouvoir d'obstruction (...) », art. cité, spéc. p. 41 ; S. Hul, « Quand une formalité prévue par la Constitution s'avère "impossible" », art. cité, p. 2093) même si le raisonnement conduit est parfois critiqué (H. Rabault, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel », art. cité, p. 17-18). À notre connaissance, nul autre commentaire de cette décision n'a paru à la date du 21 juin 2018.

La démarche du Sénat a-t-elle vraiment « mis le Président de la République dans l'impossibilité de recueillir [l'] avis ? » Non. Le Président du Sénat n'indiquait pas refuser, purement et simplement, l'audition de M. Vigouroux ; il indiquait seulement que la commission des lois se réunirait après les élections du printemps 2017. La formalité n'est jugée impossible que parce que le juge exige que l'avis soit rendu dans un délai raisonnable que pourtant la loi n'imposait pas. Strictement considérée, la situation ne rendait pas impossible la formalité ; elle était seulement retardée. Tout au plus le Conseil d'État aurait-il pu avancer que le Sénat devait se réunir dans un délai permettant au Président Hollande d'exercer sa compétence avant l'élection de son successeur. Là encore, le Conseil d'État aurait réécrit la loi organique mais l'argument, moins général, aurait peut-être davantage convaincu, puisque le Conseil d'État se serait alors fondé sur le terrain de la compétence. Il aurait affronté la question de l'articulation de l'avis conforme et de la compétence *ratione temporis* de l'autorité sollicitant l'avis, sans avoir à disqualifier la portée de la consultation instaurée à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution.

De même, la démarche du Sénat empêchait-elle le respect du dépouillement simultané ? Assurément. Cependant, rien ne justifie que le Gouvernement ait exigé de la commission des lois qu'elle procède au dépouillement du scrutin qu'elle avait organisé<sup>84</sup>. Rien n'explique non plus que la commission des lois ait consenti à obéir à une telle demande, visiblement illégale<sup>85</sup>.

Mais, même en supposant fondé le refus de tenir pour un avis conforme l'avis délivré par les commissions permanentes au titre de l'article 13 alinéa 5 et même en supposant que la stratégie du Sénat rendait bel et bien impossible l'accomplissement du processus de nomination, l'application de ces standards de la jurisprudence administrative à une procédure pourtant prévue par la Constitution et impliquant la collaboration entre parlementaires et pouvoir exécutif n'est pas neutre et soulève de sérieuses difficultés<sup>86</sup>. Dans son arrêt de décembre 2017, le Conseil d'État fait peu de cas du mécanisme de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution visant

---

<sup>84</sup> Le député Warsmann siégeant à la commission des lois de l'Assemblée nationale et présent lors de la séance du 25 avril au cours de laquelle le scrutin fut dépouillé se dit « gêné par la demande de dépouillement du scrutin ayant eu lieu dans l'autre assemblée, qui est pour le coup contraire aux textes » (Ass. nat., commission des lois (C.R.), n°59, séance du 25 avril 2017, p. 3.)

<sup>85</sup> Il est d'ailleurs notable que, comme c'est souvent le cas, le décret de nomination ne vise ni l'avis ni le cadre de la procédure dans lequel cette nomination est supposée s'inscrire  
La publication des décrets de nomination établis sur le fondement de l'article 13 alinéa 5 ne fait pas toujours mention de cette procédure singulière et des avis émis.

<sup>86</sup> Ce n'est pas le lieu d'une réflexion plus générale sur ces standards et, finalement, sur ce qu'il est convenu d'appeler le « pouvoir normatif du juge ».

la mitigation du pouvoir<sup>87</sup>. Son appréciation de la fonction parlementaire est discutable et méconnaît finalement l'objectif annoncé de la révision.

Comme l'écrit le professeur Rabault, « la décision est ainsi motivée par des considérations de droit administratif, qui permettent de faire disparaître l'arrière-plan non seulement politique mais aussi constitutionnel de l'affaire<sup>88</sup> ». Appliquer à la procédure constitutionnelle d'avis parlementaire le standard jurisprudentiel de la formalité impossible revient à contrecarrer une mesure institutionnelle visant à assurer la séparation des pouvoirs. Car le juge administratif aurait pu admettre que l'instauration d'un tel contrôle parlementaire relève de la conception libérale qui anime le principe de séparation des pouvoirs. Non seulement, l'article 13 alinéa 5 de la Constitution crée un nouveau mode de collaboration entre organes contre une spécialisation absolue, mais, plus encore, il révèle « l'essence même de ce principe<sup>89</sup> » qui permet à chacun des « pouvoirs d'avoir part à l'exercice des prérogatives de l'autre<sup>90</sup> » avec, pour horizon, la protection des libertés. « Le principe de séparation des pouvoirs n'a jamais signifié le cloisonnement et l'étanchéité des pouvoirs, mais tout simplement leur collaboration pour qu'il n'y ait pas cumul des fonctions juridiques<sup>91</sup> ». Ce principe est bien malmené par l'arrêt *Président du Sénat*.

D'abord, il est certes permis de regretter le fait que la procédure élaborée présente un angle mort et permette aux assemblées de « jouer la montre<sup>92</sup> ». Mais il est tout aussi regrettable que le juge réécrive la loi, sans permettre aux assemblées parlementaires de corriger elles-mêmes, et si elles y consentent, cette procédure qu'elles ont élaborée en toute connaissance de cause. Ensuite, « en termes d'équilibre des pouvoirs, le raisonnement administratif place le Sénat, en lui appliquant le régime réservé aux commissions consultatives, dans une situation de subordination vis-à-vis de l'autorité exécutive<sup>93</sup> ». Enfin, en faisant échec à cette procédure qu'il a analysée par trop restrictivement, le juge administratif s'oppose aux objectifs visés par la révision constitutionnelle, tels qu'ils étaient du moins annoncés. L'arrêt *Président du Sénat*,

---

<sup>87</sup> Sur une telle conception de la séparation des pouvoirs, voir A. Le Divillec, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 136 et s.

<sup>88</sup> H. Rabault, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel », art. cité, p. 16.

<sup>89</sup> P. Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », art. cité, p. 617.

<sup>90</sup> *Loc. cit.*

<sup>91</sup> O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cité, p. 24.

<sup>92</sup> Tel est le titre donné aux conclusions du rapporteur Domino parues à l'*AJDA* : « Nomination par le Président de la République : les chambres ne peuvent pas jouer la montre au-delà du raisonnable » (p. 521).

<sup>93</sup> H. Rabault, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel », art. cité, p. 17.

ne contribue pas, loin s'en faut, à un meilleur contrôle pesant sur la Présidence de la République, pas plus qu'il ne favorise le renforcement du Parlement<sup>94</sup>. Au contraire, le Conseil d'État a contribué à redessiner les contours de la procédure d'avis parlementaire, en participant « à la diffusion d'une image négative du parlementarisme et [en valorisant] l'autonomie de l'Exécutif<sup>95</sup> ».

La procédure d'avis parlementaire préalable à certaines nominations présidentielles reste ainsi en-deçà des espérances qui la portaient et des objectifs qui lui furent assignés. Cette procédure paraît désormais verrouillée à bien des niveaux et, établie sur un fond de défiance à l'égard des parlementaires, demeure placée sous cet auspice.

Il est notable qu'au cours des années 2008 – révision constitutionnelle – et 2010 – vote des lois de concrétisation de l'article 13 – les parlementaires ne firent pas preuve d'une audace démesurée. Par la loi constitutionnelle, ils se contentèrent d'établir un contrôle de l'« erreur manifeste de nomination<sup>96</sup> » en privilégiant un droit de veto aux trois cinquièmes de votes négatifs. Autrement dit, cette majorité négativement qualifiée permet le consensus *contre* une proposition de nomination, mais non le consensus *pour*. Par l'adoption des lois ordinaire et organique de juillet 2010, ils optèrent pour une procédure limitée quant à son champ d'application : seule une cinquantaine de postes sont concernés<sup>97</sup>. Les parlementaires français semblent avoir accepté une position institutionnelle en retrait. Dans cette logique, le pouvoir exécutif pouvait se penser autorisé à (faire) convoquer les commissions dans un délai qu'il fixerait et, *in fine*, le Conseil d'État est intervenu pour abonder en ce sens, réécrivant la loi contre l'interprétation développée par le Président du Sénat. Sauf à ce qu'ils amendent la loi d'application de l'article 13 alinéa 5 – qui ne serait pas à l'abri d'une autre réécriture –, les parlementaires doivent désormais se prononcer dans un « délai raisonnable », qui semble s'imposer aux contrôleurs et non aux autorités de nomination.

---

<sup>94</sup> Ces deux grands objectifs correspondent aux deux premiers chapitres du rapport Balladur (« Un pouvoir exécutif mieux contrôlé » et « Un Parlement renforcé ») et furent présentés dans les hémicycles comme ceux que visait la loi constitutionnelle débattue (par ex. voir J.-J. Hiest, *Rapport n°387 sur le projet de loi constitutionnelle*, *op. cit.* p. 12 et J.-L. Warsmann, *Rapport n°892 sur le projet de loi constitutionnelle*, *op. cit.*, particulièrement p. 43 et s.).

<sup>95</sup> N. Foulquier, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme (...) », art. cité, p. 163.

<sup>96</sup> Tels sont les mots du rapporteur Warsmann qui présentait cette procédure comme permettant un contrôle de « l'erreur manifeste de nomination » (exposé des motifs sous l'amendement CL n°47 rect. du 16 mai 2008 et J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...)*, *op. cit.*, p. 147).

<sup>97</sup> Sur ces différents points, nous nous permettons de renvoyer aux analyses menées dans notre thèse : L. Sponchiado, *La Compétence de nomination (...)*, *op. cit.*, p. 401 et s.

Enfin, la compétence de contrôle des désignations présidentielles offerte aux parlementaires peine à prendre de l'ampleur tant elle semble s'édifier sur une méfiance à leur égard ; méfiance dont ils semblent eux-mêmes porteurs. Mais sûrement est-il encore temps pour que les parlementaires réinvestissent leurs compétences et nos institutions.